Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.

Von

Wilhelm Sonnenschein

Gerichtsassessor a. D.

Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät

der

Königl. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt

von

Wilhelm Sonnenschein

aus Werden a. d. Ruhr

Gerichtsassessor a. D.

ACAD. LUGDBAT. BIBL.

Approbiert am 17. Mai 1904.

Buchdruckerei W. Flügge, Werden a. d. Ruhr.

1905.

Literatur-Verzeichnis.

1. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl. Stuttgart 1903.
2. Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, Bd. 2, 1. Abt., 1. und 2. Aufl. Halle 1899; Bd. 3, 2. Aufl., Halle 1901.
3. Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1. und 2. Aufl., Berlin 1903.
4. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl., Berlin 1903.
5. Endemann, Handbuch des deutschen Handels, See- und Wechselrechts, Bd. 2. Leipzig 1882.
6. Entwurf eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluss des Seehandelsrechts nebst Denkschrift; Amtliche Ausgabe, 1896.
7. Enneccerus, Das Bürgerliche Recht, 2. Aufl. Marburg 1901.
8. Gareis und Fuchsberger, Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, Berlin 1891.
9. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I. 2. Erlangen 1868.
10. v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl., Braunschweig 1883.
11. Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch, Stuttgart 1897.
12. Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1900.

13. Kattler, Das Zurückbehaltungsrecht nach gem. Rechte und nach dem Rechte des B. G.-B., Greifswald 1900.
14. Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1903.
15. Laband, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. IX. S. 425 ff.
16. Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht nach gem. Recht, Rostock 1886.
17. Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., Berlin 1880.
18. Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Berlin 1900.
19. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, amtliche Ausgabe, 2. Aufl. 1896, Bd. 2.
20. Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
21. Petersen und Kleinfeller, Konkursordnung für das deutsche Reich, 4. Aufl., Lahr 1900.
22. Petersen, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach dem B. G.-B., Doberan 1900.
23. Petracycki, Die Lehre vom Einkommen, 2. Bd. S. 517 ff., Berlin 1895.
24. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 1. und 2. Aufl., Berlin 1900.
25. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1897.
26. Reinhold, Das Allgemeine und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, Wien 1889.
27. v. Sarwey, Die Konkursordnung für das deutsche Reich, 3. Aufl., Berlin 1896.
28. Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 1. Hälfte, München 1900.
29. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 2., 6. und 7. Aufl., Berlin 1900.
30. Simon, in der juristischen Monatsschrift für Posen No. 5; Mai 1898. Das Zurückbehaltungsrecht des B. G.-B.

31. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, München 1901.
32. Thöl, Handelsrecht, Bd. 1, 5. Aufl., Leipzig 1875.
33. Volmer, Ueber den Unterschied des kaufmännischen Retentionsrechtes von dem des gem. Rechtes, Berlin 1895.
34. Wolff, in Busch's Archiv für deutsches Handelsrecht, 1864, Bd. III, S. 251 ff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0148

Inhalt.

§ 1. Einleitung.

I. Abschnitt.

Begriff des Zurückbehaltungsrechtes.

A. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 2. Begriff.

B. Handelsrecht.

§ 3. Begriff.

II. Abschnitt.

Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes.

A. Bürgerliches Gesetzbuch.

§§ 4. Uebersicht.
§§ 5. I. Der Anspruch des Retinenten.
§§ 6. II. Der Anspruch des Retentionsgegners.
§§ 7. III. Konnexität der beiden Ansprüche.
§§ 8. IV. Zulassung des Zurückbehaltungsrechtes durch das Schuldverhältnis.

B. Handelsrecht.

§§ 9. Uebersicht.
§§ 10. I. Der Anspruch des Retinenten.
§§ 11. II. Der Anspruch des Retentionsgegners.
§§ 12. III. Der Mangel einer der Retention widerstreitenden Disposition.

III. Abschnitt.

Inhalt und Wirkungen des Zurückbehaltungsrechtes.

A. Bürgerliches Gesetzbuch.

§§ 13. I. Im Allgemeinen.
§§ 14. II. Im Verhältnis zu Dritten.
§§ 15. III. Im Konkurs.

B. Handelsrecht.

§§ 16. I. Im Allgemeinen.
§§ 17. II. Im Verhältnis zu Dritten.
§§ 18. III. Im Konkurs.

IV. Abschnitt.

Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes.

§§ 19. A. Bürgerliches Gesetzbuch.
§§ 20. B. Handelsrecht.

V. Abschnitt.

Beendigung des Zurückbehaltungsrechtes.

§§ 21. A. Bürgerliches Gesetzbuch.
§§ 22. B. Handelsrecht.

VI. Abschnitt.

Rechtlicher Charakter des Zurückbehaltungsrechtes.

§§ 23. A. Bürgerliches Gesetzbuch.
§§ 24. B. Handelsrecht.

§ 1.

Einleitung.

Das jus retentionis verdankte in Rom dem prätorischen Rechte seine Entstehung und fand seine Rechtfertigung in dem Prinzip der Billigkeit. In den Quellen des römischen Rechts hat dieses Institut eine einheitliche Darstellung nicht gefunden, es begegnet uns lediglich in einer Reihe von Einzelfällen unter der Gestalt der exceptio doli. Da sich aber bei Prüfung der einzelnen Anwendungsfälle des Retentionsrechts durchweg die gleichen Voraussetzungen und die gleichen Wirkungen ergaben, war es der gemeinrechtlichen Wissenschaft gleichwohl möglich, das jus retentionis auf einen einheitlichen besonderen Rechtsbegriff zurückzuführen, indem sie den Inhalt des jus retentionis in der Befugnis fand, eine Leistung, zu der man an sich verpflichtet ist, dem Berechtigten so lange vorzuenthalten, bis dieser einer ihm gegenüber dem Retentionsberechtigten obliegenden Leistungspflicht genügt.

Die Doktrin des gemeinen Rechts war einer weitgehenden Anwendung dieses Institutes nicht abhold, indem sie der Retentionsbefugnis, die sie in älterer Zeit nur anerkannte, wenn eine körperliche Sache Gegenstand der Leistungspflicht des Retentionsberechtigten bildete, und wobei sie den körperlichen Sachen nur etwa diejenigen Leistungsobjekte gleichstellte bezgl. deren, wie bei den körperlichen Sachen, eine die Einwirkung Dritter ausschliessende faktische Disposition des Retentionsberechtigten möglich ist, auch dann die Anerkennung nicht versagte, wenn die zu retinierende Leistung nicht gerade in der

Aushändigung einer Sache bestand [1]). Es ist klar, dass mit der Aufstellung dieses Grundsatzes der Anwendung des Retentionsrechtes ein weites Feld eröffnet wurde, aber ebenso klar ist es, dass mit der Anerkennung desselben in der Praxis das Institut die Sicherheit des Rechtsverkehrs äusserst gefährden musste, sofern nicht der schrankenlosen Anwendung anderweit eine schärfere Grenze gezogen wurde. Dies geschah durch schärfere Betonung des Erfordernisses der sog. Konnexität.

Entsprechend der Bedeutung, welche das Institut in der Weiterentwickelung des gemeinen Rechtes gefunden hatte, haben auch die Kodifikationen der neueren Zeit durchweg dem Retentionsrechte die Anerkennung nicht versagt. Allerdings kennt das österreichische Gesetzbuch dieses Recht nur für die Fälle, in denen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages begründet ist, und der Code civil Art. 867, 548, 570, 1612, 1613, 1653, 1673, 1749, 1885, 1948, 2082 regelt dasselbe nur für eine Reihe bestimmter Anwendungsfälle. Eine allgemeine prinzipielle Regelung hat das Retentionsrecht dagegen im A. L. R. I. 20 §§ 536 ff und im sächsischen Gesetzbuch §§ 767—789, sowie im schweizerischen Bundesgesetz Art. 224—228 gefunden.

Auch für das Bürgerliche Gesetzbuch konnte, wie die Motive II. S. 40 hervorheben, die Uebergehung oder der Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes überhaupt nicht in Frage kommen. Zweifellos entspricht, so sagen die Motive weiter, die Zulassung dieses Rechtes in zahlreichen Fällen der Rechtsanschauung und einem dringenden Bedürfnis des Verkehrs. Arrest und Sequestration bilden keinen Ersatz für das im Zurückbehaltungsrechte liegende präsente Sicherungsmittel.

Für die Regelung nun des Zurückbehaltungsrechtes im B. G.-B. ist fraglos das gemeine Recht in erster Linie vorbildlich gewesen, indem es mit dem gemeinrechtlichen Institut sowohl hinsichtlich seiner Erfordernisse als auch namentlich hinsichtlich seiner Wirkung, lediglich indirekt einen Zwang auf den Willen des Retentionsgegners auszuüben, im wesentlichen übereinstimmt.

[1]) Langfeld: Die Lehre vom Retentionsrecht nach gem. R., 1886, S. 11.

Mit dieser rein negativen Wirkung des Zurückbehaltungsrechtes konnte sich wohl das bürgerliche Recht begnügen, da hiermit dem Grundprinzip des Zurückbehaltungsrechtes, dem dolosen Verhalten des Gegners, welcher einen Anspruch ohne Rücksicht auf einen dem andern Teile zustehenden konnexen Gegenanspruch erhebt, zu begegnen, vollständig Rechnung getragen war. In dieser Gestalt aber war das Zurückbehaltungsrecht für den Handelsverkehr, der nicht Pressionsmittel, sondern in Anbetracht der mit dem gewaltigen Güteraustausch notwendig verbundenen, zeitweiligen, hohen Kreditgewährung, in erster Linie Sicherungs- und Deckungsmittel benötigte, durchaus ungeeignet. Schon frühzeitig drangen daher das Bedürfnis nach Kreditsicherung durch Waren und die Anschauungen des Handelsverkehrs, dass jeder im Geschäftsverkehr in die Hand des Gläubigers gelangte Vermögensteil des Schuldners dem erstern Deckung für die aus dem Handelsverkehr hervorgegangenen Forderungen bieten soll, daraufhin, das Zurückbehaltungsrecht im wesentlichen nach zwei Richtungen hin auszugestalten. Man dehnte einmal das Anwendungsgebiet dadurch erheblich aus, dass man die Retention nicht bloss wegen einfacher Forderungen, sondern auch wegen umfassender Schuld- oder Geschäftsverkehrsverhältnisse zuliess und von dem Erfordernis der Konnexität immer bereitwilliger absah. Sodann erhielt das Recht eine wesentliche Verstärkung, indem dem Retinenten die Befugnis beigelegt wurde, sich aus den retinierten Sachen oder Werten seines Schuldners zu befriedigen [1]). Ihren Ausgangspunkt nahm diese Entwickelung in Italien und spätestens im 16. Jahrhundert war daselbst das kaufmännische Retentionsrecht gewohnheitsmässig anerkannt [2]). Dagegen kam es in Deutschland anfänglich nur höchst particulär zur Geltung. Weder das gemeine noch das preussische noch das französische Recht wollten es aufnehmen. Erst das alte Handelsgesetzbuch hat es in ganz Deutschland eingeführt, und auf der Grundlage der Art.

[1]) **Endemann, a. a. O., 1882, 2. Bd. S. 98.**

[2]) **Goldschmidt, a. a. O., 1. Bd. S. 302.**

313—316 des alten H.-G.-B. hat das Zurückbehaltungsrecht der §§ 369—372 des neuen H.-G.-B. seine Regelung gefunden. Nur in einzelnen Beziehungen hat es Aenderungen oder Ergänzungen erfahren.

Im Folgenden soll das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches und das des neuen H.-G.-B. zur Darstellung gelangen.

I. Abschnitt.

Begriff des Zurückbehaltungsrechtes.

A. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 2.

Begriff.

Das B. G.-B. behandelt das obligatorische, gesetzliche Zurückbehaltungsrecht in den §§ 273 und 274 und zwar gibt es dem Institut eine allgemeine Regelung. Ein Hauptanwendungsfall des Zurückbehaltungsrechtes, nämlich das Zurückbehaltungsrecht bei gegenseitigen Verträgen in der Gestalt der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist zwar besonders geregelt in den §§ 320 ff, ist aber gleichwohl als eine Unterart des Zurückbehaltungsrechtes aus § 273 B. G.-B. aufzufassen. Eine Verschiedenheit, die im übrigen aber das Wesen des Zurückbehaltungsrechtes unberührt lässt, liegt nur darin, dass das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherstellung ausgeschlossen werden kann, nicht aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, und dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Konkurse vom Verwalter geltend gemacht werden kann. (§ 17 K.-O.) Diese Unterschiede sind in der Natur der synallagmatischen Verträge,

in dem besonders engen Abhängigkeitsverhältnisse der beiden Obligationen begründet. Auch das dinglich wirkende Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 B. G.-B. ist nur als ein besonderer Anwendungsfall des im § 273 B. G.-B. allgemein geregelten Zurückbehaltungsrechtes aufzufassen.

Eine eigentliche Definition des Zurückbehaltungsrechtes gibt das B. G.-B. nicht, wohl aber stellt es im § 273 den Inhalt des Zurückbehaltungsrechtes in einer zweifellosen Weise fest. Hiernach besteht das Zurückbehaltungsrecht in der Befugnis des Schuldners, unter gewissen Voraussetzungen die geschuldete Leistung zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Das charakteristische des Zurückbehaltungsrechtes liegt also darin, dass einer Leistung eine Gegenleistung gegenübersteht, und dass die Leistung so lange verweigert werden darf, bis die Gegenleistung bewirkt wird.

Ein weiterer Rechtsgrund ist für die Verweigerung nicht erforderlich. Damit scheiden selbstverständlich schon aus dem Kreise des Zurückbehaltungsrechtes alle Fälle aus, wo jemand auf Grund eines besonderen Titels zum Zurückbehalten einer Leistung berechtigt ist; ferner die Fälle, wo zwar Leistung und Gegenleistung sich gegenüberstehen, wo aber für die Leistung ein Termin gesetzt ist, sei es bestimmt oder sei es dadurch, dass zunächst der andere Teil vorleisten muss. Als nicht hierhergehörig müssen ferner die Fälle ausscheiden, wo der zur Leistung Verpflichtete erst durch seine Leistung einen Anspruch auf Gegenleistung erwirbt. Es handelt sich also im § 273 um die Fälle, wo lediglich aus dem Konflikt der gegenüberstehenden Ansprüche der Schuldner berechtigt ist, bis zur Bewirkung der Gegenleistung seinerseits die Leistung zu verweigern. Diese Befugnis erwächst dem Schuldner bei Vorhandensein der erforderlichen Voraussetzungen unmittelbar aus dem Gesetz. Selbstverständlich kann die Einräumung dieser Befugnis auch Gegenstand eines Vertrages sein, da ja nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit des B. G.-B. alles, was nicht contra bonos mores, oder was nicht aus einem besonderen Grunde nicht unter Rechtsschutz gestellt ist, Gegenstand einer Willens-

einigung, eines Vertrages sein kann. Eine solcher Gestalt zu stande gekommene Befugnis zur Verweigerung einer Leistung hat mit dem hier zu behandelnden Zurückbehaltungsrechte des § 273 nichts zu tun, sie wurzelt vielmehr im Vertrage, und aus diesem heraus sind ihre Erfordernisse ohne Rücksicht auf die Bestimmungen des § 273 festzustellen.

B. Handelsrecht.

§ 3.

Begriff.

Das Handelsgesetzbuch behandelt das sogen. kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in den §§ 369—372. Auch hier wird es vermieden, den Begriff des Zurückbehaltungsrechtes gesetzlich festzulegen. Das Handelsgesetzbuch begnügt sich damit, zu bestimmen, dass der Kaufmann unter ganz bestimmten Voraussetzungen ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners hat und gibt in den folgenden §§ genauen Aufschluss über den Inhalt, die Wirkungen und die Art der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes.

II. Abschnitt.

Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts.

A. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 4.

Uebersicht.

Nach § 273 B. G.-B. sind die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes folgende:

1. Ein Anspruch des Retinenten.

2. Ein Anspruch des Retentionsgegners.
3. Konnexität dieser beiden Ansprüche.
4. Zulassung des Zurückbehaltungsrechtes durch das Schuldverhältnis.

§ 5.

Der Anspruch des Retinenten.

Für die Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes ist erforderlich, dass dem Retentionsberechtigten ein Anspruch gegen denjenigen zusteht, dem gegenüber er das Zurückbehaltungsrecht ausüben will. Aus welchem Rechtsverhältnis der Anspruch resultiert, ist ohne Belang, und ebenso ist der Inhalt des Anspruches völlig gleichgültig, mag derselbe auf Leistung einer Sache, Bestellung einer Sicherheit, Abgabe einer dispositiven Erklärung oder irgend eine andere Handlung gerichtet sein. Sind aber die Objekte des Anspruches und Gegenanspruches gleichartig, so wird regelmässig Aufrechnung stattfinden. Wo diese aber aus materiellen oder prozessualen Gründen, wie im § 391, Abs. 2, § 392, § 393 B. G.-B. und C. P. O. § 529 Absatz 3 versagt ist, kann der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht zur Geltung bringen.

Streitig ist die Frage, ob zur Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes Klagbarkeit des Anspruches erforderlich sei. Die Motive erklären diese Frage mit Rücksicht darauf, dass das B. G.-B. nur in sehr wenigen Ausnahmefällen klaglose Ansprüche anerkennt, für irrelevant. Endemann[1]) will die Frage, ob ein natürlicher, zur Leistungsklage nicht berechtigender Anspruch das Zurückbehaltungsrecht begründen kann, für jeden einzelnen Fall geprüft wissen und fügt hinzu, dass, wenn betont würde, das Zurückbehaltungsrecht sei ein indirektes Mittel zur Erzwingung eines Gegenanspruches, es jedenfalls denjenigen Ansprüchen versagt werden müsse, denen, wie den Spielschulden das B. G.-B. ausdrücklich die Erzwingbarkeit abspricht. Ob eine verjährte Forderung zur Ausübung des Zurückbehaltungs-

[1]) **Endemann, a. a O. S. 712.**

rechtes genügt, erscheint Endemann zweifelhaft. Dernburg [1]) verneint die Frage, während Schollmeyer [2]) und Staudinger [3]) dieselbe bejahen.

Richtig ist zunächst, dass die Verjährung den Anspruch nicht tilgt. Dementsprechend kann auch eine verjährte Forderung wirksam erfüllt werden. Das auf sie geleistete kann selbst dann nicht zurückgefordert werden, wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung erfolgte. §§ 222 Abs. 2, 813 Abs. 1, Satz 2 B. G.-B. Vertragsmässiges Anerkenntnis einer verjährten Forderung sowie Sicherheitsstellung für eine solche ist rechtsbeständig. Der Gläubiger eines Anspruches, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, ist trotz der Verjährung nicht gehindert, sich aus dem verhafteten Gegenstande zu befriedigen. § 223 Abs. 1. Der Schuldner kann ferner auf die Verjährung die Rückforderung der Pfandsache nicht stützen, ebensowenig die Rückerstattung von fiduciarisch zur Sicherung eines Anspruches übermachten Werten. § 223 Absatz 2. Hieraus ergibt sich, dass die Verjährung lediglich die persönliche Haftung des Schuldners tilgt, das Schuldverhältnis aber bestehen lässt. Bleibt aber das Schuldverhältnis bestehen und ist das Zurückbehaltungsrecht nicht nur ein indirektes Mittel zur Erzwingung eines Gegenanspruches, sondern auch ein Hilfsrecht zur Sicherung des Gegenanspruches, so wird man angesichts der vorerwähnten Rechtssätze auch einen verjährten Anspruch zur Begründung des Zurückbehaltungsrechtes für genügend erachten müssen. Es ist ferner noch zu beachten, dass im § 390 Satz 1 B. G.-B. die Aufrechnung mit einer verjährten Gegenforderung ausdrücklich untersagt ist, während sich eine gleiche Vorschrift bezügl. des Zurückbehaltungsrechtes in § 273 B. G.-B. nicht findet.

Der Anspruch des Retentionsberechtigten muss fällig sein, sodass also nur auf Grund eines unbedingten und unbetagten

[1]) **Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 2 I 1899, S. 123.**
[2]) **Schollmeyer, a. a. O., Bd. 2 I zu § 273 Anm. 2 a.**
[3]) **Staudinger, a. a. O., Bd. 2 S. 34 Anm. 4.**

Anspruches ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann. Das Erfordernis der Fälligkeit der Forderung ist bei normaler Vermögenslage des Gläubigers durchaus gerechtfertigt. Denn von einer Benachteiligung des Schuldners, die doch durch das Zurückbehaltungsrecht vermieden werden soll, kann nicht die Rede sein, wenn der Gläubiger die fällige ihm geschuldete Leistung fordert, ohne die von ihm geschuldete, noch nicht fällige Leistung seinerseits gemacht zu haben oder anzubieten. Es würde im Gegenteil der Schuldner, welcher durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes wegen einer nicht fälligen Forderung den Gläubiger zur Erfüllung veranlasste, einen nicht gerechtfertigten Vorteil erringen.

Anders liegt die Sachlage bei nicht normaler Vermögenslage des Gläubigers. Hier läuft der Schuldner Gefahr, seinerseits voll leisten zu müssen, während er sich bezüglich seiner zur Zeit noch nicht fälligen Forderung voraussichtlich demnächst mit einer teilweisen Leistung begnügen muss. Indessen hat das B. G. B. für diesen Fall eine Sonderrechtsstellung für den gefährdeten Schuldner nicht geschaffen. Liquidität des Anspruches ist dagegen nicht erforderlich. Ueber die Frage, ob die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes ein angemessenes Wertverhältnis des Anspruches des Schuldners zur zurückzuhaltenden Leistung voraussetzt, oder ob wegen eines geringfügigen Anspruches des Schuldners, die geschuldete Leistung in ihrem ganzen Umfange zurückgehalten werden kann, schweigt das Gesetz. Da aber das Zurückbehaltungsrecht nicht ein Befriedigungsmittel, sondern in erster Linie einen indirekten Zwang gegenüber dem Gläubiger ausüben will, so ist prinzipiell davon auszugehen, dass der Wert des Gegenanspruches für den Umfang der zurückzuhaltenden Leistung nicht massgebend ist. Indessen erscheint aber mit Rücksicht auf den das B. G.-B. beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr, wegen eines geringfügigen Anspruches eine übermässige Ausdehnung des Zurückbehaltungsrechtes nicht gerechtfertigt. Einen objektiven Anhalt für diese Auffassung bietet die Regelung des Zurückbehaltungsrechtes beim gegenseitigen Vertrage.

§ 320 Abs. 2 B. G.-B. bestimmt, dass, wenn von der einen Seite teilweise geleistet worden, die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden könne, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstossen würde. Dass die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes gegenüber dem Chikaneverbot seine Grenze findet, bedarf weiter keiner Erwähnung.

§ 6.

II. Der Anspruch des Retentionsgegners.

Der Gegenstand des Anspruches des Retentionsgegners bildet den Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes. In dieser Beziehung hat das B. G.-B. dem Zurückbehaltungsrechte ein grösseres Anwendungsgebiet eröffnet, indem der Retentionsberechtigte jede geschuldete Leistung verweigern kann. Demnach kann alles, was Gegenstand einer Leistungspflicht sein kann, auch Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes sein, mag es sich also um die Herausgabe von Sachen, um Geldzahlungen, Uebertragung von Rechten, oder um Vornahme von Handlungen, Dienst- und Werkleistungen handeln; ja selbst eine Unterlassung kann den Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes bilden. Indessen ist aber wohl zu beachten, dass das Institut des Zurückbehaltungsrechtes auf dem Prinzip der Billigkeit fusst und dass dem Retinenten nur ein Recht zur vorübergehenden Verweigerung der Leistung gewährt werden soll. Daher ist bei Obligationen, bei denen die Einhaltung der Leistungszeit derartig wesentlich ist, dass die Verspätung der Leistung gleich gänzlicher Nichterfüllung sein würde, das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen. Bildet eine Omnissivhandlung den Gegenstand der Leistung, so kann nur dann von einem Zurückbehaltungsrecht die Rede sein, wenn fortgesetzte Omnissivhandlungen geschuldet werden. Denn geht die Verpflichtung nur auf eine einzige Unterlassung, so würde die Vornahme der Handlung, zu deren Unterlassung man sich verpflichtete, nicht sowohl einstweilige Verweigerung der Erfüllung als totale Nichter-

füllung sein. Eine schematische Behandlung der Einzelfälle nach dem strikten Wortlaut des Gesetzes unter Ausserachtlassung des dem Institut zu Grunde liegenden Prinzipes der Billigkeit musste notgedrungen zu vielfachen Härten führen. Dieserhalb wird man für die Anwendung des Zurückbehaltungsrechtes hinsichtlich der beiden sich gegenüberstehenden Ansprüchen den Grundsatz aufstellen müssen, dass das Zurückbehaltungsrecht überall da auszuschliessen ist, wo seine Anwendung mit den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr erheblich kontrastieren, wo also das Interesse an der zu sichernden Forderung mit der durch Anwendung des Zurückbehaltungsrechtes notwendig eintretenden Benachteiligung des Gegners in einem erheblichen Missverhältnis stehen würde.

§ 7.

III. Konnexität der beiden Ansprüche.

Die gemeinrechtliche Lehre stellte für die Anwendung des Zurückbehaltungsrechtes das Erfordernis der Konnexität als das aus den einzelnen Anwendungsfällen der Quellen sich ergebende einheitliche Begriffsmerkmal auf, ohne aber über die Frage, was nun unter Konnexität zu verstehen sei, zu einem allseitig befriedigenden einheitlichen Resultate zu gelangen. An dem Erfordernis der Konnexität hat das B. G.-B. festgehalten. § 273 B. G.-B. verlangt, dass der Anspruch des Schuldners aus demselben rechtlichen Verhältnisse, auf dem seine Verpflichtung beruht, entstanden sei. Was hierunter zu verstehen ist, wird im B. G.-B. nicht näher erläutert. Nach den Motiven [1]) ist dem hier aufgestellten Erfordernisse genügt, wenn ein solcher gesetzlicher oder natürlicher Zusammenhang zwischen den beiderseitigen Ansprüchen vorliegt, dass die einseitige Geltendmachung des Anspruches ohne Rücksicht auf den dem andern Teile zustehenden Gegenanspruch als ein Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen würde. Hiermit ist im wesentlichen die

[1]) Motive II. S. 14.

schon von Goldschmidt [1]) aufgestellte Begriffsbestimmung wiedergegeben, welche dahin lautet, dass Haupt- und Gegenanspruch einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören müssten, welche nach der Natur der Sache oder dem Willen der Beteiligten eine Einheit bilden. Eine gewollte Einheit sei, abgesehen von den Fällen, in denen Parteiwille sie begründet, auch dann anzunehmen, wenn dieser Wille um deswillen vorausgesetzt werden müsse, weil sein Gegenteil gegen Treu und Glauben verstossen würde. Nach Dernburg [2]) ist Konnexität im Sinne des B. G.-B. vorhanden, wenn es sich nach der Auffassung des Verkehrs und Treu und Gauben um innerlich Zusammengehöriges, „ein einheitliches Lebensverhältnis" handelt. Ebenso Planck zu § 273 B. G.-B. Ziffer 1 a und Oertmann, § 273 Ziffer 1 am Schlusse. Oertmann bemerkt noch hierzu: „Es kann weniger auf die formale Einheit, als auf die Identität des Zweckes ankommen. Ist diese vorhanden, so wird auch trotz Mehrheit der begründenden Verträge eine Identität des rechtlichen Verhältnisses anzunehmen sein. Denn dieses ist nicht einfach identisch mit Rechtsverhältnis, sondern dürfte eher als rechtlich geregeltes Lebensverhältnis zu verstehen sein." (Entsch. R. G. 14, No. 57, S. 231.) Endemann [3]) bemerkt über das Erfordernis der Konnexität: „Und dies beruht auf der Voraussetzung, dass Schuld und Anspruch, wenn gleich die Entstehungsgründe sich aus verschiedenen, selbständigen Tatbeständen herleiten, doch aus einer Wurzel entsprungen sind und der Ausübung nach in rechtlich anzuerkennender Gebundenheit von einander stehen." Das trete, meint Endemann, besonders klar hervor, wenn derselbe Vorgang, der mich zur Herausgabe (z. B. der übergefallenen Sachen) verpflichtet, auch den Schaden verursacht, auf dessen Ersatz mein Gegenanspruch sich gründet.

[1]) Goldschmidt, a. a. O., § 94 S. 974 ff.

[2]) a. a. O., II, 1 S. 123.

[3]) a. a. O., S. 710.

Aus Vorstehendem ist ersichtlich, dass der gemeinrechtliche Streit über den Begriff der Konnexität durch das B. G.-B. nicht zum Schweigen gebracht ist. Der Grund liegt wohl im Gesetze selbst, denn einen dehnbareren Begriff wie „dasselbe rechtliche Verhältnis" hätte der Gesetzgeber wohl kaum finden können. Was heisst nun, Anspruch und Gegenanspruch müssen auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen? Unbedingt abzulehnen ist es, den Ausdruck, „rechtliches Verhältnis" mit Rechtsverhältnis zu identifizieren. Hierin würde eine Einschränkung des Begriffes Konnexität liegen, die nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht gerechtfertigt erscheint. Unter rechtlichem Verhältnis im Gegensatz zu tatsächlichem Verhältnis hat man ein rechtlich erhebliches Verhältnis zu verstehen, d. h. also eine Beziehung, welche kraft Rechtsordnung die beiden Ansprüche beeinflusst. Wenn nun das Wort „rechtlich" nichts weiter bedeutet als „rechtlich erheblich", so war es mindestens überflüssig, denn der Schlusssatz des § 273 Abs. 1 besagt ja, dass und wie das „Verhältnis", auf dem die beiden Ansprüche beruhen, die Wirksamkeit des Anspruches des Gläubigers beeinflusst.

Wie nun aber das Verhältnis, welches zwischen den beiden Ansprüchen besteht, beschaffen, oder wie stark die Beziehung des Haupt- zum Gegenanspruch sein muss, um rechtlich bedeutsam zu sein, darüber schweigt das Gesetz. Die fragliche Beziehung kann selbstverständlich auf den verschiedensten Momenten beruhen. Dieses Moment kann in der einheitlichen Wurzel bestehen, aus der die beiden Ansprüche resultieren. Wenn die Ansprüche z. B. einheitlichen Rechtsverhältnissen ihre Entstehung verdanken, wie dies namentlich beim Auftrag und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag der Fall ist. Ferner kann aber auch das die rechtlich erhebliche Beziehung begründende Moment in dem einheitlichen Zwecke liegen, dem die beiden Ansprüche zu dienen bestimmt sind. Oder es handelt sich um einen für die beiden Ansprüche gleichmässig bedeutsamen einheitlichen Grundgedanken; so der Austauschgedanke in Fällen der wirksamen Anfechtung von Rechtsgeschäften bezügl.

des von beiden Seiten als Aequivalent Geleisteten. Aus dem Gesagten geht schon hervor, dass die Momente, welche die rechtliche Gebundenheit der beiden Ansprüche begründen, sehr verschieden sein können, und es wird daher in jedem einzelnen Falle der Richter die besonderen Momente hervorheben müssen, auf Grund deren er eine das Zurückbehaltungsrecht begründende Konnexität der Ansprüche anerkennen will. Ausserdem muss aber auch der Grad der Gebundenheit der beiden Ansprüche, welcher naturgemäss je nach den Umständen sehr verschieden sein kann, in Betracht gezogen werden. Es ist einleuchtend, dass nicht jede Beziehung, die sich auf Grund irgend eines einheitlichen Verhältnisses zwischen den Ansprüchen konstruieren lässt, das Zurückbehaltungsrecht zu rechtfertigen geeignet ist. Denn es ist wohl zu bedenken, dass eine Billigkeit in dieser Beziehung sehr leicht eine ungerechtfertigte Unbilligkeit für den andern Teil enthalten kann, und dass eine allzuweit ausgedehnte Anwendung des Zurückbehaltungsrechtes die Rechtssicherheit nicht unerheblich gefährden muss. Mit Recht erwähnt daher Endemann:[1]) „Es wird einer besonders vorsichtigen Handhabung und eines strengen Festhaltens an dem Erfordernisse der Konnexität bedürfen. Die Billigkeit kann im einzelnen Falle die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes auch bei verbundenen Ansprüchen verbieten.

Bei zwei Kategorien der Anwendungsfälle des Zurückbehaltungsrechtes hat der Gesetzgeber von dem Nachweis der Konnexität abgesehen. Hierher gehören die Fälle, wo jemand zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, und er einen fälligen Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens hat. Der Hauptfall der ersteren Kategorie ist das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers einer Sache wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen gegenüber dem auf Herausgabe der Sache gerichteten Ansprüche. Wegen der besonderen praktischen Bedeutung ist dieser Fall im § 1000 B.

[1]) a. a. O., S. 710 Anm. 7.

G.-B. noch besonders hervorgehoben und im § 972 auf den Finder ausgedehnt. Welche Verwendungen die Ersatzpflicht begründen, bestimmen die §§ 994 ff. B. G.-B.; bezügl. des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers § 2022. Dieselben Normen wie für den Besitzer gelten für den Schuldner, der einen bestimmten Gegenstand herauszugeben verpflichtet ist, von der Rechtshängigkeit ab.

Ausgeschlossen aber ist das Zurückbehaltungsrecht in den Fällen vorerwähnter Art, wenn der Schuldner den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

§ 8.

IV. Zulassung des Zurückbehaltungsrechtes durch das Schuldverhältnis.

Das Zurückbehaltungsrecht ist schliesslich nur dann statthaft, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt. Es muss sich also aus dem Inhalte bezw. aus dem Wesen des Schuldverhältnisses ergeben, ob im einzelnen Falle das Zurückbehaltungsrecht gerechtfertigt erscheint. Hierzu bemerkt Planck [1]): „Auch wenn die beiderseitigen Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen, kann sich doch aus diesem selbst ergeben, dass die eine Leistung vor der andern gemacht werden muss, oder dass es doch dem Zwecke der beiderseitigen Verpflichtungen nicht entsprechen würde, wenn die Erfüllung der einen bis zur Erfüllung der andern verweigert würde.“ Er gibt folgendes Beispiel: „Aus dem Zwecke der Rechenschaftslegung, zu welcher der Beauftragte verpflichtet ist, folgt, dass er diese nicht verweigern darf, bis ihm die Aufwendungen, die er zum Zwecke der Ausführung des Auftrages gemacht hat, ersetzt sind.“ Dass das Zurückbehaltungsrecht unstatthaft ist, wenn die Parteien dessen Ausschluss durch Vertrag bestimmt haben, bedarf keiner weiteren Erwähnung. In einer Reihe von Fällen ist auf Grund positiver Gesetzesvorschrift das

[1]) a. a. O., zu § 273 Anm. 1a, am E.

Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen. So darf der Bevollmächtigte nach Erlöschen der Vollmacht kein Zurückbehaltungsrecht an der Vollmachtsurkunde ausüben. (§ 175 B. G.-B.) Ebenso ist es dem Mieter, Pächter von Grundstücken, Wohn- und anderen Räumlichkeiten nach Beendigung des Miet- bezw. Pachtverhältnisses versagt. Die hier angezogenen Spezialfälle bieten übrigens einen gesetzlichen Anhalt für das oben aufgestellte allgemeine Erfordernis, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes nach dem Grundsatze der Billigkeit und Treu und Glauben im Verkehr zu beschränken.

B. Handelsrecht.

§ 9.

Uebersicht.

Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes sind in den §§ 369 und 370 H.-G.-B. enthalten. Auch hier werden zunächst 2 Ansprüche, die aber wesentlich andern Erfordernissen, wie im B. G.-B. genügen müssen, sodann der Mangel einer der Retention widerstreitenden Disposition verlangt. Von dem besonderen Erfordernis der Konnexität hat das H.-G.-B. abgesehen. Es sind demnach in folgendem zu erörtern:

1. Der Anspruch des Retinenten.
2. Der Anspruch des Retentionsgegners.
3. Der Mangel einer der Retention widerstreitenden Disposition.

§ 10.

I. Der Anspruch des Retinenten.

Das Zurückbehaltungsrecht des H.-G.-B. ist ausschliesslich für den Verkehr zwischen Kaufleuten bestimmt. Es verlangt demgemäss der § 369 auf der Seite des Retinenten sowohl wie des Retentionsgegners die Kaufmannseigenschaft. Wer Kauf-

mann ist, ergibt sich aus § 1 H.-G.-B., welcher sagt, dass Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Der Begriff des Handelsgewerbes wird näher bestimmt im § 1 Abs. 2. Es genügt ferner die Kaufmannsqualität nach §§ 2, § 3 Abs. 2. Auch der § 5 H.-G.-B., zufolge dessen eine Person, die ein Gewerbe, aber kein Handelsgewerbe betreibt, kraft der erfolgten Eintragung als Kaufmann zu beurteilen ist, kann praktisch werden. Unter Umständen ist es sogar als hinreichend zu erachten, wenn der Retinent als Kaufmann aufgetreten ist, und dieserhalb als Kaufmann gilt [1]). Auch ist die Eigenschaft eines Vollkaufmannes nicht erforderlich. Denn während im übrigen das H.-G.-B. genau bestimmt, welche Vorschriften auf die sogen. Minderkaufleute keine Anwendung finden, ist bezügl. des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes eine derartige Vorschrift nicht getroffen. § 6 H.-G.-B. dehnt die für Kaufleute gegebenen Vorschriften auf die Handelsgesellschaften aus. Und wegen § 2 und § 3 alle kaufmännischen Genossenschaften.

Ein einmal begründetes Zurückbehaltungsrecht wird durch nachträglichen Verlust der Kaufmanns-Eigenschaft nicht berührt.

Die Forderung des Retinenten muss aus einem zwischen ihm und dem Retentionsgegner geschlossenen beiderseitigen Handlungsgeschäfte hervorgegangen und fällig sein.

Während der Anspruch, wegen dessen retiniert wird, hinsichtlich seines Gegenstandes nur insoweit beschränkt ist, als es sich um eine Forderung handeln muss, die evtl. in eine Geldforderung übergehen kann, da das Endziel des Zurückbehaltungsrechtes die Befriedigung durch Verkauf der Sache ist, verlangt das Gesetz rücksichtlich des Entstehungsgrundes, dass der Anspruch aus einem beiderseitigen Handelsgeschäfte hervorgegangen sei. Es muss also auf der Schuldner-, wie auf der Gläubigerseite das den Anspruch begründende Rechtsgeschäft

[1]) Staub a. a. O, Bd. 2 S. 1207, Anm. 3d u. 5.

ein Handelsgeschäft sein. Es muss also bei beiden zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehören. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich nach dem § 343. Auch gilt hier die Fiktion aus § 344.

Weiterhin muss das beiderseitige Handelsgeschäft zwischen dem Retinenten und dem Retentionsgegner abgeschlossen worden sein. Es kann hiernach weder ein Zurückbehaltungsrecht selbständig cediert werden, noch kann einer cedierten oder vermittels Rechtssatz (z. B. Uebergang der Rechte des Wechselnehmers auf den Ehrenzahler) oder Richterspruch übergegangenen, noch einer ererbten Forderung ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht erstehen. Nach Cosack [1]) ist zwischen ererbten, abgetretenen und ursprünglich erworbenen Forderungen nicht zu unterscheiden. Diese Ansicht enthält aber keine Auslegung des Gesetzes, sondern setzt sich bewusst damit in Widerspruch und ist nicht zu billigen. Ist aber für den ursprünglichen Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht entstanden, so wirkt dies selbstverständlich auch für den Erben weiter fort. Ferner ist die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes möglich, wenn eine Uebereinkunft mit dem neuen Gläubiger, namentlich eine Delegation stattfindet, oder wenn von Haus aus zu Gunsten eines Dritten kontrahiert ist. Auch kann die Forderung gleichzeitig mit dem bereits begründeten Zurückbehaltungsrecht abgetreten werden [2]). Von selbst geht freilich das Zurückbehaltungsrecht mit der Forderung nicht über, die Analogie des § 1250 B. G.-B. ist nicht statthaft. Denn nur die besonderen Vorrechte der cedierten Forderung gehen ohne weiteres auf den Cessionar über. Das Zurückbehaltungsrecht ist aber kein solch besonderes Vorrecht und keine accessorische Qualität des gesicherten Anspruches in dem Sinne, wie es z. B. das Pfandrecht ist. Tritt ein Wechsel auf der Schuldnerseite ein, so kann folgerichtig der ursprüngliche Gläubiger gegen den

[1]) a. a. O. S. 155.

[2]) Dernburg, Preuss. Privatr. 3. Aufl. Bd. 2, § 85 Anm. 16 u. R. O. H. 5, S. 306.

neuen Schuldner ebenfalls ein Zurückbehaltungsrecht nicht erwerben. Dies gilt auch für den Erben des ursprünglichen Schuldners. Das einmal begründete Zurückbehaltungsrecht wirkt selbstredend auch gegen den Erben des Schuldners fort.

Durch den Ausschluss der cedierten Forderungen werden aber Forderungen aus Ordrepapieren nicht berührt. Denn nach der herrschenden Ansicht wird durch das Indossament ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen dem jeweilig Berechtigten und Verpflichteten begründet. Daher ist der Schuldner bei den Ordrepapieren als ein dem jedesmaligen Gläubiger aus einem mit ihm geschlossenen Geschäfte Verpflichteter anzusehen, womit das Erfordernis des § 369 H.-G.-B. erfüllt ist.

Acceptiert man diese Auffassung für die Ordrepapiere, um so mehr muss man sie für die Inhaberpapiere im Verhältniss zwischen dem Erwerber des Papieres und dem Aussteller desselben gelten lassen. Denn hier verpflichtet sich der Aussteller von vornherein dem jeweiligen Inhaber des Papieres.

Die Forderung muss fällig sein und zwar zur Zeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes. Es ist aber nicht erforderlich, dass der Schuldner im Verzuge ist. Auch Liquidität der Forderung wird nicht verlangt.

§ 11.

II. Der Anspruch des Retentionsgegners.

Der Retentionsgegner muss, wie schon hervorgehoben, ebenfalls Kaufmann sein. In dieser Hinsicht gilt das oben bezüglich des Retinenten Erwähnte in gleicher Weise auch für den Retentionsgegner. Im übrigen fällt die Erörterung über den Anspruch des Retentionsgegners mit der Frage zusammen: Was kann retiniert werden? § 369 H.-G.-B. gestattet das Zurückbehaltungsrecht zunächst an beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, sofern er sie noch im Besitze hat, insbesondere mittels Konnossement, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht des B. G. B.,

welches jede schuldige Leistung zum Gegenstande haben kann, sind dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht nur bewegliche Sachen und Wertpapiere unterworfen. Insbesondere sind also unbewegliche Sachen und Rechte ausgeschlossen. Ueber die Abgrenzung des Begriffes der beweglichen Sachen entscheiden die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts. Für die Anwendung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes bedarf aber dieser Begriff noch insofern einer besonderen Einschränkung, als nicht alle körperlichen Sachen schlechthin Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes sein können, sondern nur insoweit sie nach den Anschauungen des Handelsverkehrs Ware darstellen. Es ist dies einmal aus dem allgemeinen Gesichtspunkte, dass das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nur auf den engsten kaufmännischen Verkehr beschränkt sein soll, dann auch aus der Analogie des § 1 Abs. 2 No. 1 zu entnehmen, wo durch den eingeklammerten Zusatz (Waren) der Begriff der beweglichen Sachen hierauf beschränkt ist. Was in dieser Beziehung für die beweglichen Sachen gilt, muss folgerichtig dann auch von den Wertpapieren gesagt werden. Demnach sind Wertpapiere Gegenstand des Retentionsrechtes nur, sofern sie für den Handelsverkehr bestimmt sind. In dieser Hinsicht begreift die Denkschrift [1]) unter den Begriff „Wertpapiere" namentlich solche Papiere, die ihrer Natur nach insbesondere mit Rücksicht auf ihre erleichterte Uebertragbarkeit als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen.

Wertpapiere sind nun solche Urkunden, welche das Recht derart in sich verkörpern, dass die Geltendmachung des Rechts an den Besitz der Urkunde geknüpft ist. Die Handelsverkehrsqualität der Wertpapiere beruht auf der Möglichkeit, das in den Papieren verbriefte Recht durch die erleichterten Formen, wie Tradition des Papiers oder Indossament zu übertragen und in dem Schutze des Erwerbes vor Einwendungen aus der Person seines Rechtsvorgängers. Demnach erscheinen diejenigen verbrieften Rechte, welche nur durch Cession übertragen werden

[1]) a. a. O. zu § 1 Abs. 2 S. 13.

können, für den Handelsverkehr nicht geeignet und unterliegen somit auch nicht dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht. Ferner sind Wertpapiere, die nur mit Zustimmung des Verpflichteten übertragen werden können, für die Geltendmachung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes nicht geeignet. Dasselbe gilt von beweglichen Sachen, welche einem gesetzlichen Veräusserungsverbot unterstehen. Ist mit dem Veräusserungsverbot nur der Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist Retention möglich, diesen Personen gegenüber aber unwirksam [1]). Also was bleiben für Papiere übrig?

Die Retentionsobjekte müssen regelmässig Sachen des Schuldners sein. In dem Augenblicke also, wo das Retentionsrecht entstanden ist, muss der Schuldner Eigentümer sein. Gehört die Sache nicht dem Schuldner, so kann also das Zurückbehaltungsrecht nicht zur Entstehung gelangen, auch wenn der Gläubiger gutgläubig den Schuldner für den Eigentümer hielt. Der Schutz gutgläubigen Erwerbes auf Grund der §§ 932 ff. B. G.-B. und 366 H.-G.-B. bezieht sich nicht auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, ist auch nicht analog auf dasselbe auszudehnen.

Abweichend gegen Art. 313 des alten H.-G.-B. dehnt § 369 H.-G.-B. das Retentionsrecht ausnahmsweise auch auf Sachen aus, welche nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger gehören, und zwar dann, wenn das Eigentum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist.

Die Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches S. 210 und 211 bemerkt hierzu: „Nach Art. 313 des H.-G.-B. besteht das Zurückbehaltungsrecht ausschliesslich an Sachen des Schuldners, also nicht an Sachen, die im Eigentum des Gläubigers stehen und von diesem dem Schuldner zu leisten sind. Die Vorschrift hat in der Rechtsprechung stets eine wörtliche Auslegung erfahren, sodass das Zurückbehaltungsrecht

---

[1]) **Staub, a. a. O. zu § 369, Anm. 16 u. 17.**

auch dann als ausgeschlossen betrachtet wird, wenn es sich um eine Sache handelt, die nur zeitweise aus dem Vermögen des Schuldners in dasjenige des Gläubigers übergegangen ist, um demnächst wieder in das des ersteren zurückzukehren, oder die für den Schuldner von einem Dritten dem Gläubiger übergeben, seitens des letztern aber dem Schuldner zurückzugeben ist. Hierher gehört namentlich der Fall, dass der Käufer die bereits in sein Eigentum übergegangene Ware dem Verkäufer zur Verfügung stellt. Der Käufer kann zwar, falls er die Ware mit Recht bemängelt hat, die Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises beanspruchen, er darf sich aber zur Befriedigung für diesen Anspruch nicht an die in seinem Besitze befindliche Ware halten, weil sie nicht mehr im Eigentum des Verkäufers steht. Ebenso verhält es sich in Ansehung von Sachen, die nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung an den Schuldner zurückzugewähren sind, und das Gleiche gilt in dem Falle, dass ein als Remesse übersandter Wechsel, der unbezahlt geblieben ist, von dem Gläubiger eingelösst werden musste. Auch hier besteht kein Zurückbehaltungsrecht an dem Wechsel, da dieser durch die Einlösung in das Eigentum des Gläubigers gelangt ist. In allen diesen Fällen beruht der Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes auf einem wesentlich äussern Grunde und erscheint sachlich nicht gerechtfertigt. Der natürlichen Auffassung im Verkehr erscheint auch die zur Verfügung gestellte Ware oder der zurückgelangte Wechsel als ein Vermögensgegenstand des Schuldners, der nicht weniger geeignet ist dem Gläubiger zur Deckung zu dienen, als eine Sache, die wirklich im Eigentum des Schuldners geblieben ist. Hiernach rechtfertigt es sich, wenn der Entwurf das Zurückbehaltungsrecht auch in Betreff solcher Gegenstände für zulässig erklärt, deren Eigentum von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist.“

Bestritten ist die Frage, ob das Retentionsrecht auch auf andere Fälle, in welchen dem Gläubiger die Sache noch gehört

die er dem Schuldner auszuliefern hat, entsprechend auszudehnen ist, oder ob in den im Gesetze nicht erwähnten Fällen das Eigentum des Gläubigers am Gegenstande dessen Zurückbehaltungsrecht ausschliesst. Dernburg [1]) lässt die Ausdehnung des Zurückbehaltungsrechtes auch auf diese Fälle zu und stützt sich hierbei auf die Auslassung der Denkschrift, dass die Ausnahmen deshalb gemacht seien, weil in diesen Fällen der Ausschluss des Retentionsrechtes auf einem wesentlich äussern Grunde beruhe und sachlich nicht gerechtfertigt erscheine. Es ist ja freilich richtig, dass die Denkschrift hiermit ein Prinzip zum Ausdruck bringt, welches einer Ausdehnung des Zurückbehaltungsrechtes auf alle Fälle, in denen sein Ausschluss sachlich nicht gerechtfertigt erscheint, äusserst günstig ist, aber es ist doch nicht ausser acht zu lassen, dass dieses Prinzip im Gesetze allgemein durchaus nicht zum Ausdruck kommt, dass vielmehr der Wortlaut des Gesetzes einer Verallgemeinerung direkt widerspricht. Auch kann der weitern Beweisführung Dernburgs, welcher für seine Ansicht den § 388 H.-G.-B. heranzieht, und daraus eine für diese Frage entscheidende grundsätzliche Stellung des H.-G.-B. herleitet, nicht beigetreten werden. Denn § 398 H.-G.-B. gewährt dem Kommissionär aus Utilitätsrücksichten die Befriedigung aus dem noch in seinem Eigentum stehenden Kommissionsgut auf Grund positiver Vorschrift und beseitigt damit lediglich eine konstruktive Schwierigkeit, ohne dadurch eine grundsätzliche Stellung zu der streitigen Frage des Pfandrechts an eigener Sache nehmen zu wollen.

Zur Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes ist weiter erforderlich, dass der Gläubiger im Besitze der Retentionsobjekte ist. Es genügt aber hierzu der mittelbare Besitz des § 868 B. G.-B., mit Ausnahme des Falles, dass der Schuldner selbst unmittelbarer Besitzer ist. Kraft positiver Vorschrift ist dem faktischen Besitze die Möglichkeit, über das Retentionsobjekt insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins verfügen zu können, gleich gestellt.

[1]) a. a. O. S. 788, Anm. 5.

Diese Möglichkeit ist dann gegeben, wenn der Gläubiger sich im Besitze des Dispositionspapieres befindet, und dieses auf seinen Namen als Adressat oder Indossatar lautet. Mit diesen Fällen ist aber nicht zu verwechseln, wenn ein derartiges Dispositionspapier in seiner Eigenschaft als Wertpapier im Sinne des § 369 H.-G.-B. selbst Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechtes ist. Dann unterliegt nicht die in dem Papier verzeichnete Ware unmittelbar dem Zurückbehaltungsrechte des Gläubigers, sondern das in dem Papier verbriefte Recht auf Auslieferung der Ware. Denn, um ein Zurückbehaltungsrecht an der Ware ausüben zu können, muss der Gläubiger mittels des Papieres über die Ware verfügen können, was nur möglich ist, wenn er der aus dem Papiere Verfügungsberechtigte ist, also wenn es auf ihn lautet.

Bezügl. des Besitzerwerbes verlangt das Gesetz, dass der Besitz der Retentionsobjekte mit dem Willen des Schuldners und zwar auf Grund von Handelsgeschäften erlangt ist. Ausgeschlossen ist daher der eigenmächtige Besitz, ebenso ein Besitz, den der Gläubiger ohne Zustimmung des Schuldners von einem Dritten erlangt hat. Nicht erforderlich ist aber, dass der Schuldner um den eigentlichen Akt der Besitzergreifung weiss, und daher kann auch ein Dritter, sofern nur der Schuldner seine Zustimmung erteilt hat, genügenden Besitz übertragen. Der Wille darf nicht nichtig sein, auch ein nur anfechtbarer Wille genügt nur so lange, als nicht derselbe wirksam angefochten wird [1]). Streitig ist, ob zur Erhaltung des Zurückbehaltungsrechtes die Fortdauer des Willens nötig sei. Thöl und Goldschmidt verneinen die Notwendigkeit, von Hahn [2]) bejaht sie. Endemann lässt die Frage offen. Bezügl. dieser Frage wird man sich aber mit von Hahn dahin entscheiden müssen, dass die Fortdauer des Willens dann verlangt werden muss, wenn der Wille auf Fortbestand des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Besitz erworben wurde, von Einfluss ist. Kann das

[1]) Staub, a. a. O. zu § 369, Anm. 25.

[2]) a. a. O. zu Art. 313, § 9 u. Anm. 14 gegen Goldschmidt, a. a. O. § 98, Note 64.

Rechtsverhältnis durch einseitige Willenserklärung des Schuldners aufgehoben werden, so genügt, nachdem diese Erklärung abgegeben und die Rückforderung des Gegenstandes erfolgt ist, der nunmehr gegen den Willen des Schuldners ausgeübte Besitz nicht mehr zur Begründung des Zurückbehaltungsrechts. Andererseits ist aber eine einseitige Erklärung des Schuldners, auch wenn der Schuldner das den Besitzstand begründende Rechtsverhältnis an sich einseitig aufheben könnte, sofern im übrigen sämtliche Erfordernisse des Zurückbehaltungsrechtes gegeben sind, nicht beachtlich.

Die Retentionsobjekte müssen auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sein. Wann ein Handelsgeschäft vorliegt, darüber entscheiden die §§ 343 und 344 H.-G.-B. Nach der in Theorie und Praxis herrschenden Ansicht, welche sich hauptsächlich darauf stützt, dass das Gesetz hier nicht, wie für die Forderung des Retinenten geschehen, das Erfordernis der Beiderseitigkeit ausdrücklich hervorhebt, genügt die Besitzerlangung auf Grund eines einseitigen Handelsgeschäftes. Erlangt der Gläubiger den Besitz nicht unmittelbar vom Schuldner, sondern durch Vermittelung eines Dritten, so ist die Handelsgeschäftsqualität auf seiner Seite erforderlich. In Verfolg der allgemein anerkannten Ansicht, dass „auf Grund" von Handelsgeschäften gleichbedeutend sei, mit „in Veranlassung" von Handelsgeschäften, ist die Zusendung von Waren in der beiderseitigen Erwartung, es werde ein Handelsgeschäft zu Stande kommen, als genügende rechtliche Grundlage für ein Zurückbehaltungsrecht erachtet worden. Unter Handelsgeschäft ist nicht etwa bloss ein Vertrag zu verstehen, auch einseitige Rechtshandlungen, wie die Uebersendung von unbestellter Ware als Kaufofferte, gehören dazu [1]).

---

[1]) **Staub, a. a. O. zu § 369, Anm. 26.**

§ 12.

III. Der Mangel einer der Retention widerstreitenden Disposition.

Wie das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechts nur soweit möglich ist, als sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, so gewährt auch das H.-G.-B. das Zurückbehaltungsrecht nur, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe erteilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, nicht widerstreitet. Der Grundgedanke ist in beiden Bestimmungen derselbe. Es gilt, einer allzuweiten Ausdehnung des Zurückbehaltungsrechtes im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr für einen geregelten Güteraustausch entgegenzutreten. Daher soll das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht unter Berücksichtigung des Prinzips der Billigkeit überall da ausgeschlossen sein, wo der Inhalt des Schuldverhältnisses oder Parteiabmachungen seiner Anwendung widerstreiten. Die Bestimmung des § 369 H.-G.-B. Abs. 3 lässt die Frage auftauchen, ob nicht in jedem Falle eine Anweisung des Schuldners oder eine Verpflichtung des Gläubigers, in einer bestimmten Weise mit dem Retentionsobjekte zu verfahren, vorliegt, welche der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes widerstreitet. Diese Frage ist, abgesehen von dem praktisch wohl kaum vorkommenden Falle, dass das Retentionsobjekt lediglich zum Zwecke der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes übertragen worden ist, unbedingt zu bejahen. Denn neben dem die ursprüngliche causa detentionis begründenden Rechtsverhältnisse besteht allemal eine obligatorische Verpflichtung auf Herausgabe des Retentionsobjektes an den Schuldner selbst, oder auf seine Anweisung an einen Dritten, die freilich so lange gebunden ist, als nicht die ursprüngliche causa detentionis erloschen ist. Dieser begrifflich notwendige Widerstreit des Retentionsrechtes gegenüber der Verpflichtung zur Herausgabe des Objektes kann nicht der Inhalt des Abs. 3 sein, sonst würde Abs. 1 durch Abs. 3 einfach aufgehoben sein. Soll Abs. 3 Sinn

und Inhalt haben, so kann er nur dahin verstanden werden, dass das Retentionsrecht dann nicht Platz greift, wenn nicht bloss die aus der Natur des die Besitzerlangung begleitenden obligatorischen Verhältnisses selbst sich ergebende Rückgabepflicht besteht, sondern wenn ausserdem ad hoc noch besonders vorgeschrieben oder vereinbart ist, in einer bestimmten Weise d. h. in einer von dem Schuldner oder von beiden Parteien besonders bestimmten Weise mit der Sache zu verfahren [1]).

Auch der Wortlaut des Gesetzes deutet klar auf die hier vertretene Auffassung des Abs. 3 des § 369 hin. Das Hauptgewicht ist auf die Worte „in bestimmter Weise zu verfahren" zu legen. Hiernach muss sich, um der Vorschrift des Abs. 3 zu genügen, aus der vom Schuldner erteilten Anweisung oder der vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung oder aus den Begleitumständen mit aller Deutlichkeit ergeben, dass der Wille des Schuldners bezw. des Gläubigers darauf gerichtet ist, eine nach Erledigung der ursprünglichen causa detentionis, für das weitere Verfahren bezw. der Sache massgebende Disposition zu treffen.

Nimmt der Gläubiger angesichts einer derartigen Anweisung von Seiten des Schuldners das Retentionsobjekt an, oder übernimmt er eine Verpflichtung im Sinne des Abs. 3, so liegt hierin eine Verzichtleistung auf die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes. Durch die Erteilung einer besonderen Anweisung für das weitere Verfahren bezügl. der Retentionsobjekte gibt der Schuldner zu erkennen, dass er ein wesentliches Interesse daran hat, dass die Sachen nicht etwa dem Verkehr dadurch entzogen werden, dass der Gläubiger sie wegen irgend einer vielleicht sehr zweifelhaften Forderung zur Deckung benutzt, oder doch bis zur Befriedigung seines Anspruches die Sachen zurückbehält. Dieses Interesse des Schuldners schützt Abs. 3 § 369. Der Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund des Abs. 3 § 369 gibt dem Schuldner die Sicherheit, dass seine Interessen gewahrt, dass die für seinen Geschäftsverkehr

[1]) Staub, a. a. O. zu § 369, Anm. 40.

vielleicht äusserst wichtigen Dispositionen vom Gläubiger nicht willkürlich durchkreuzt werden. Hiernach erscheint auch mit Rücksicht auf die allgemeine Sicherheit des ungestörten Güteraustausches die Bestimmung des Abs. 3 des § 369 H.-G.-B. durchaus gerechtfertigt.

Die von Cosack [1]) vertretene Ansicht, dass sich das Zurückbehaltungsrecht auf solche Fälle beschränke, in welchen der Schuldner absichtlich Sachen in Hinsicht auf den gewährten oder zu gewährenden Kredit in den Besitz des Gläubigers gelangen liess, ist nicht zuzustimmen. Dies engt das Zurückbehaltungsrecht zu sehr ein und ist im Gesetze keineswegs begründet [2]).

Bezügl. des Zeitpunktes, wann eine Disposition gemäss Abs. 3 § 369 H.-G.-B. getroffen werden muss, erfordert das Gesetz die Erteilung der Anweisung vor oder bei der Uebergabe des Retentionsobjektes. Eine Anweisung nach der Uebergabe ist regelmässig einflusslos. Nur so lange die sämtlichen Voraussetzungen für das Zurückbehaltungsrecht noch nicht vorliegen, kann m. E. eine Anweisung auch nach erfolgter Uebergabe noch wirksam erfolgen. Die Uebernahme einer Verpflichtung im Sinne des Abs. 3 kann der Uebergabe nachfolgen. Der Gläubiger kann nicht einseitig von ihr abgehen.

Wie sehr es bei normaler Vermögenslage des Schuldners zu billigen ist, das Zurückbehaltungsrecht an das Erfordernis der Fälligkeit der Forderung zu knüpfen, und seine Geltendmachung im Interesse des Schuldners und des Handelsverkehrs im Allgemeinen bei dem Vorhandensein einer Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Retentionsobjekte zu verfahren, auszuschliessen, ebenso gerechtfertigt erscheint es, bei unsicherer Vermögenslage des Schuldners sowohl von dem Erfordernis der Fälligkeit als auch besonders von dem Hindernis des Abs. 3 des § 369 H.-G.-B. Abstand zu nehmen. Denn gerät der Schuld-

---

[1]) a. a. O. S. 157.

[2]) Ebenso Dernburg, a. a. O. S. 788, Anm. 7 u. Staub, a. a. O. Anm. 40 zu § 369.

ner in Vermögensverfall, ist seine Kreditwürdigkeit in Frage gestellt, so dass der Gläubiger Gefahr läuft seine Forderung zu verlieren, so tritt das Interesse des Gläubigers an der Sicherung seiner Forderung in den Vordergrund, und es wäre unbillig und den rechtlichen Anschauungen im Handelsverkehr zuwiderlaufend, von dem Gläubiger die Herausgabe der Deckungsmittel, die er in Händen hat, zu verlangen.

Daher ist im § 370 H.-G.-B. für diese Fälle dem Gläubiger das sogen. Notzurückbehaltungsrecht gewährt.

Im Einzelnen ist folgendes zu bemerken:

Das Notzurückbehaltungsrecht tritt ein,

1. Wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet ist, oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat;
2. Wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht ist.

In diesen Fällen ist dem Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht allemal auch wegen einer noch nicht fälligen Forderung gewährt. Ausserdem steht die Vorschrift des Schuldners oder die Uebernahme einer Verpflichtung seitens des Gläubigers, in einer bestimmten Weise mit den Retentionsgegenständen zu verfahren, dem Zurückbehaltungsrecht nicht entgegen, sofern die die Unsicherheit des Schuldners bekundenden Umstände erst nach Uebergabe der Gegenstände oder nach Uebernahme der Verpflichtung eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden sind. Hat der Gläubiger das Vorhandensein dieser Umstände gekannt und trotzdem die Waren unter der Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit ihnen zu verfahren, übernommen, oder ist durch besondere Vereinbarung der Parteien festgesetzt worden, dass die Ware trotz eintretender Insolvenz des Schuldners nicht zurückbehalten werden sollen, so würde die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes dem guten Glauben widersprechen [1]).

Dem B. G.-B. ist ein Notzurückbehaltungsrecht durchaus fremd.

[1]) **Laband, a. a. O. S. 496.**

III. Abschnitt.

Inhalt und Wirkungen des Zurückbehaltungsrechtes.

A. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 13.

I. Im Allgemeinen.

Der Inhalt des Zurückbehaltungsrechtes des B. G.-B. liegt in der Befugnis, eine Leistung so lange zu verweigern, bis ein mit der Verpflichtung in rechtlichem Zusammenhang stehender Anspruch erfüllt wird. Das Zurückbehaltungsrecht verfolgt den Zweck, dem Retinenten eine Sicherung wegen des Gegenanspruches zu gewähren und ferner auf den Gegner indirekt einen Druck auszuüben. Eine Sicherung gewährt das Zurückbehaltungsrecht insbesondere in den Fällen, wo der Retinent eine Sache des Gläubigers in Händen hat, da somit durch die Retention der fremden Sache die Sicherung einer künftigen Zwangsvollstreckung gegeben ist. Handelt es sich dagegen um die Retention einer Leistung, so tritt die Wirkung des indirekten Zwanges in den Vordergrund.

Ein Recht auf Befriedigung aus den Retentionsobjekten gibt das Zurückbehaltungsrecht nicht. Nur ausnahmsweise wird wegen eines Anspruches auf Ersatz von Verwendungen dem Besitzer einer fremden Sache im § 1003 B. G.-B., um ihn aus der misslichen Lage, wonach er zwar die Sache zurückbehalten darf, aber doch stets der Erhebung des Eigentumsanspruches gewärtig sein muss, ein beschränktes Selbstbefriedigungsrecht gegeben. Der Besitzer kann nämlich dem Eigentümer eine

Frist zur Erklärung darüber setzen, ob er die Verwendungen genehmigen wolle. Erfolgt binnen dieser Frist die Genehmigung nicht, so darf der Besitzer aus der Sache selbst Befriedigung suchen.

Von dem Grundsatze, dass das Zurückbehaltungsrecht des B. G.-B. nicht ein Recht auf Befriedigung gewährt, ist auch im Falle des § 772 Abs. 2 keine Ausnahme gemacht. Denn wenn auch hier gesagt wird, dass der Gläubiger, dem ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zusteht, zur Beseitigung der Einrede der Vorausklage zunächst aus dieser Sache Befriedigung suchen muss, so ist damit keineswegs angeordnet, dass der Zurückbehaltende ohne weitere Voraussetzungen, insbesondere ohne vollstreckbaren Titel sich aus dem Retentionsobjekte befriedigen darf. Die Bestimmung des § 772 Abs. 2 B. G.-B. setzt das Recht zur Befriedigung aus dem Retentionsobjekt voraus.

Aus der rein negativen Funktion des Zurückbehaltungsrechtes bestimmt sich seine Wirkung.

Solange der Schuldner befugt ist, seine Leistung zurückzubehalten, ist sowohl der Eintritt des Verzugs als auch aller derjenigen Nachteile ausgeschlossen, welche den Schuldner zur Strafe für Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten treffen würden. In Annahmeverzug gemäss § 298 B. G.-B. kann der Schuldner selbstredend geraten. Der Gläubiger kann seinen Anspruch nicht gegen eine andere Forderung des Schuldners aufrechnen (§ 390 B. G.-B.).

Wie das Zurückbehaltungsrecht weder ein Recht, faktisch oder rechtlich in irgend einer Weise den Willen des Schuldners zum Massgebenden für das Retentionsobjekt zu machen, noch ein Recht zum Besitz und daher auch eine Klage auf Wiedererlangung des verlorenen Besitzes nicht gewährt, ebensowenig begründet es an sich eine Steigerung der aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse sich ergebenden Haftpflicht. Ein bestimmtes Mass von Sorgfalt ist für den Zurückbehaltenden als solchen nicht statuiert. Der Umfang seiner Verantwortlichkeit bestimmt sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, kraft

dessen er an sich zur Leistung des Retentionsobjektes verbunden wäre.

§ 14.

II. Im Verhältnis zu Dritten.

Das Zurückbehaltungsrecht ist ein persönliches Recht, kein dingliches wie das Pfandrecht. Das Zurückbehaltungsrecht kann daher auch in der Regel nicht einem jeden gegenüber in Wirksamkeit treten, welcher die Herausgabe des Objektes verlangt, vielmehr nur demjenigen gegenüber, welcher zugleich Schuldner aus dem Gegenanspruche ist, oder doch den Klageanspruch erst nachdem das Zurückbehaltungsrecht gegen den Autor schon begründet war, erworben hat. (§ 404 B. G.-B.).

Dem Cessionar des Gläubigers steht also das Zurückbehaltungsrecht entgegen, nicht aber Dritten dinglich Berechtigten. Dahin gehören auch die Pfändungs-Pfandgläubiger, da dieselben ein dingliches Recht haben. (§ 804 Abs. 2 C. P. O.) Nach Schollmeyer [1]) greift das Zurückbehaltungsrecht gegen den Singularsuccessor nicht durch, da dieser zwar nicht ein Dritter, aber doch nicht Schuldner der dem Retinenten zustehenden Forderung sei. Dagegen Staudinger z. § 273 Anm. 5 B. G.-B., welcher sich auf § 404 B. G.-B. stützt. Es ist richtig, dass der Singular-Successor nicht Schuldner der dem Retinenten zustehenden Forderung ist. Dies ist aber auch nur ein Erfordernis für die Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes. Nach seiner Entstehung aber ist es eine gegen den Gläubiger begründete Einwendung, welche nach § 404 B. G.-B. dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden kann. Eine dingliche Wirkung äussert das Zurückbehaltungsrecht im Falle des Anspruches auf Ersatz von Verwendungen, indem nach § 999 Abs. 2 B. G.-B. das Zurückbehaltungsrecht auch gegen den Eigentümer der Sache geltend gemacht werden kann, der das Eigentum erst nachdem die Verwendungen auf die Sache gemacht worden sind, erworben hat.

[1]) a. a. O. zu § 273, 1 a.

§ 15.

III. Im Konkurs.

Bei der Erörterung der Frage nach der Wirksamkeit des Zurückbehaltungsrechtes im Konkurse des Retentionsgegners bleiben diejenigen Fälle, in denen das Zurückbehaltungsrecht nach bürgerlichem Rechte gegenüber einem persönlichen Anspruche auf eine dem Gemeinschuldner nicht gehörige Sache oder sonstige Leistung statthaben würde, unberücksichtigt, da es in diesen Fällen von der Konkursordnung nicht berührt wird. Es wird davon ausgegangen, dass das Retentionsobjekt im Eigentum des Gemeinschuldners steht bezw. zur Konkursmasse gehört. Hier gilt als oberster Satz: Im Konkurse des Gläubigers verliert das Zurückbehaltungsrecht seine Wirksamkeit. Das Zurückbehaltungsrecht hat nur das Wesen eines persönlichen Rechtes, es wirkt nicht wie ein dingliches Recht gegen Dritte, es begründet keine unmittelbare Beziehung des Anspruches zum Retentionsobjekte und konnte somit nicht allgemein in der Konkursordnung den Pfandrechten gleichgestellt werden. Hieraus ergibt sich in Verbindung mit dem die K.-O. beherrschenden Prinzip, dass alle nicht dinglich verhafteten Vermögensstücke des Gemeinschuldners zur gleichmässigen Verteilung für alle Konkursforderungen dienen sollen, die Richtigkeit des oben aufgestellten Satzes. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass das Gesetz ausnahmsweise aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit, wenn nämlich und soweit die Abforderung durch den Konkursverwalter zum Vorteile der übrigen Gläubiger ohne Vergütung jener Forderung mit der Billigkeit unvereinbar, einzelnen Konkursforderungen ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der im Gewahrsam des Gläubigers befindlichen Sache gewährt. (§ 49 Ziffer 3 K.-O.)

Das Zurückbehaltungsrecht als solches ist in der K.-O. überhaupt nicht erwähnt. Das in § 49 Ziffer 3 K.-O. eingeräumte Recht auf abgesonderte Befriedigung ist ein Spezial-Vorzugsrecht für gewisse Ansprüche, ganz abgesehen davon, ob dem Gläubiger für diese Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht, wie

es § 273 B. G.-B. gewährt, zusteht oder nicht. Daher ist es gleichgültig und nicht zu untersuchen, ob nach B. G.-B. in diesen Fällen ein Zurückbehaltungsrecht anerkannt ist. Anders im Falle des § 49 Ziffer 4 K.-O., da hier ausdrücklich ein nach B. G.-B. begründetes Zurückbehaltungsrecht vorausgesetzt wird. Das von dem gesetzlichen Zurückbehaltungsrecht Gesagte gilt in gleicher Weise für das vertragsmässige Zurückbehaltungsrecht.

Infolge des bei der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes wegen Verwendungen auf Grund von § 1003 B. G.-B. gewährten Verkaufsrechtes, wirkt in diesem Falle das Zurückbehaltungsrecht, wenn der Gemeinschuldner die Verwendungen vor Eröffnung des Konkurses genehmigt hat, wie ein Recht auf abgesonderte Befriedigung. § 127 Abs. 1 K.-O. ist nicht anwendbar, da das Zurückbehaltungsrecht des B. G.-B. den durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechten nicht gleichgestellt ist. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens kann ein Zurückbehaltungsrecht an zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern nicht erworben werden, wenn auch der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht. (§ 15 K.-O.)

Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechtes kann der Gläubiger durch Sicherheitsleistungen abwenden. Hierzu ist der Gläubiger zu jeder Zeit berechtigt, solange das zur Leistung Zug um Zug verurteilende Erkenntnis noch nicht erlassen, oder das Erlassene erfolgreich angegriffen ist. Durch die Sicherheitsleistung wird dem Retentionsgegner die Möglichkeit gewährt, seinen Anspruch mit der Klage durchzusetzen, wenn er den Anspruch des Retinenten für unberechtigt hält. Es wird aber Realsicherheit verlangt. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen, da der Bürge niemals die gleiche Sicherheit gewährt als diejenige, welche dem Schuldner durch Zurückhaltung der geschuldeten Leistung gewährt wird. Die Sicherheitsleistung beseitigt aber nicht das Zurückbehaltungsrecht selbst, sondern hindert nur seine Ausübung. (§ 273 Abs. 3 B. G.-B.) Geht z. B. die zum Zwecke der Sicherheit übergebene Sache

unter, so kann der Schuldner sein Zurückbehaltungsrecht weiter ausüben. Denn das Zurückbehaltungsrecht entsteht nicht erst mit seiner Ausübung bezw. Geltendmachung im Prozess, es ist vielmehr existent, sobald die Erfordernisse sämtlich vorhanden sind. Daher ist das Zurückbehaltungsrecht auch noch vorhanden bei geleisteter Sicherheit, wenngleich seine Ausübung gehemmt ist. Dass der Schuldner schon genügende Sicherheit für seine Forderung hat, schliesst das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners nicht aus.

B. Handelsrecht.

§ 16.

I. Im Allgemeinen.

Während das Zurückbehaltungsrecht des B. G.-B. im allgemeinen nur negativ wirkt und nur auf zeitweilige Eindämmung des gegnerischen Anspruches gerichtet ist, gewährt das Zurückbehaltungsrecht des H. G.-B. dem Berechtigten ausserdem die Befugnis, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande zu befriedigen. Dieses Deckungsrecht ist der eigentliche materielle Inhalt und das Endziel des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes zum Zwecke der Befriedigung ist aber lediglich ein Recht und nicht auch eine Pflicht des Retinenten. Dieserhalb kann auch der Schuldner den Verkauf der Retentionsobjekte nicht verlangen und nicht klagend verfolgen. Während das Zurückbehaltungsrecht des B. G.-B. die Sicherung des Retinenten durch einen indirekten Zwang auf den Willen des Retentionsgegners zu erreichen sucht, und dieserhalb die Höhe der Forderung für den Umfang des Retentionsrechtes in Ansehung der Retentionsobjekte nur in so weit als massgebend erachtet werden muss, als ein gegen Treu und Glauben verstossendes Missverhältniss vorliegt, muss man aus dem Zwecke des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes, dem Gläubiger in erster Linie die Mittel

zu seiner Befriedigung zu bieten, folgern, dass das Zurückbehaltungsrecht in Ansehung der im Besitze des Gläubigers befindlichen Sachen nicht weiter ausgedehnt werden darf, als zur Sicherung des Gläubigers erforderlich ist. Daraus ergibt sich, dass der Schuldner einen etwaigen Ueberschuss des Werts der Retentionsobjekte über den Betrag der Forderung herausverlangen kann, und dass bei teilbaren Sachen sich das Recht des Gläubigers auf einen dem Betrage der Forderung entsprechenden Teil derselben beschränkt. (R. O. H. G. Band II S. 333.)

§ 17.

II. Im Verhältnis zu Dritten.

Die unter der Herrschaft des alten H.-G.-B. lebhaft bestrittene Frage, inwieweit das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht Dritten gegenüber, denen ein Recht an der zurückgehaltenen Sache zusteht, entscheidet der § 369 Abs. 2 H.-G.-B. dahin, dass das Zurückbehaltungsrecht Dritten gegenüber insoweit bestehe, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können. Es ist demnach auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu bestimmen, ob einer derjenigen Fälle vorliegt, in denen der Dritte sich die dem Schuldner entgegenstehenden Einreden gefallen lassen muss. Dies ist nach allgemeinen Rechtsregeln nicht der Fall, wenn das dingliche Recht des Dritten älter ist, als das Zurückbehaltungsrecht. Ist das dingliche Recht des Dritten dagegen jünger als das Zurückbehaltungsrecht, so muss der Dritte es gegen sich gelten lassen. Zur Eigentumsübertragung und zum Erwerbe eines sonstigen dinglichen Rechtes an den Retentionsobjekten ist Uebergabe erforderlich. Da aber der Retinent im Besitze des Retentionsobjektes ist, und somit körperliche Uebergabe nicht möglich ist, so muss die Uebergabe durch Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der Sache erfolgen. (§§ 931, 1032, 1205 B. G.-B.) In einem solchen Falle kann der Retinent als Besitzer der Sache gemäss § 986 Abs. 2 B. G.-B. dem neuen Eigentümer, bezw. dem Niessbraucher und dem Pfandgläubiger

die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Dies ist im § 986 Abs. 2 B. G.-B. zwar nur für den Fall eines Eigentumswechsels gesagt, wird aber auf die Fälle des Nießbrauches und der Pfandbestellung mit Rücksicht darauf, dass sowohl nach § 1032 wie nach § 1205 B. G.-B. die Uebergabe der Sache durch Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der Sachen statthaft ist, mit Recht ausgedehnt. Auch ist der Pfandgläubiger, welcher an der Pfandsache neben seinem Pfandrechte für eine andere Forderung ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht hat, gegen das Einlösungsrecht eines nachstehenden Berechtigten dadurch geschützt, dass dasselbe nicht zu seinem Nachteil geltend gemacht werden darf. § 268 Abs. 3 B. G.-B.

Wenn Staub[1]) mit Rücksicht auf § 1257 B. G.-B., welcher alles, was für das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht gilt, auch auf die gesetzlichen Pfandrechte für entsprechend anwendbar erklärt, das Zurückbehaltungsrecht auch gegenüber gesetzlichen Pfandrechten gelten lassen will, so ist dies nicht richtig. Denn nach § 369 Abs. 2 ist es lediglich die durch die Cession des Anspruches auf Herausgabe des Retentionsobjektes geschaffene Rechtslage, welche dem Retinenten die Möglichkeit verschafft, dem Dritten gegenüber Einwendungen aus der Person des Schuldners entgegenzusetzen. Beruht aber das Pfandrecht des Dritten auf Gesetzesvorschrift, so ist es begrifflich unmöglich, die Bestimmung des Abs. 2 überhaupt zur Anwendung zu bringen, wodurch auch selbstredend eine Bezugnahme auf § 1257 und eine entsprechende Anwendung desselben ausgeschlossen ist.

Hinsichtlich der Befriedigung hat das Zurückbehaltungsrecht Rechten Dritter gegenüber, sofern es diesen gegenüber überhaupt seine Stellung behauptet, den Vorrang. Das Rangverhältnis zwischen dem Verfolgungsrecht des Absenders (§ 44 K.-O.) und dem Zurückbehaltungsrecht des Spediteurs und des Frachtführers wegen ihrer nicht pfandrechtlich geschützten

[1]) a. a. O. S. 1214.

Forderungen an den Empfänger, ist zu Gunsten des Verfolgungsrechtes entschieden.

§ 18.

III. Im Konkurs.

Im Konkurse des Schuldners steht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht den Pfandrechten gleich und gewährt daher ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, (§ 49 Z. 4 K.-O.) modifiziert durch das dem Verwalter zustehende Verwertungsrecht (§ 127 K.-O.). Das Zurückbehaltungsrecht muss natürlich vor der Konkurseröffnung entstanden sein. (§ 15 K.-O.) Wird der retinierte Gegenstand von dritter Seite gepfändet, so steht dem Retinenten ein Exekutionsinterventionsrecht zu. (§ 804, 805, 771 C.-P.-O.) Ob der Exekutionsgläubiger oder sein Vertreter bei der Pfändung gutgläubig angenommen hat, das Zurückbehaltungsrecht bestehe nicht, ist gleichgültig. Der Schutz gutgläubigen Pfanderwerbes kommt dem Pfändungspfandrecht nicht zu statten. Indessen steht den andern Gläubigern des Schuldners das Recht der paulianischen Anfechtung zu, d. h. es kann der Rechtsakt, auf Grund dessen der retinierte Gegenstand in den Besitz des Retinenten gelangt ist, angefochten werden, womit das Zurückbehaltungsrecht fällt. Die Anfechtung greift nicht durch, wenn der Retinent eine Sache des Schuldners vor der kritischen Zeit bereits hatte und nunmehr eine Forderung gegen denselben erwirbt. Denn er hat dann nicht die Sicherung zur kritischen Zeit erhalten. (E. R. G. Bd. 9 S. 50.)

Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechtes kann der Schuldner durch Sicherheitsleistung abwenden. Ein besonderer Grund zur Sicherheitsleistung, z. B. Verschlechterung der Sache, braucht nicht vorzuliegen. Verweigert der Gläubiger die Annahme der Sicherheit, so wird er Schadenersatzpflichtig. Durch Klage und einstweilige Verfügung ist der Gläubiger zur Herausgabe der Retentionsobjekte zu zwingen. Die Art der Sicherheitsleistung richtet sich nach den §§ 232–240 B. G.-B. Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

Ueber die Angemessenheit der Sicherheitsleistung entscheidet richterliches Ermessen. Der Massstab liegt einmal in dem Betrage der Forderung, insofern, als darüber hinaus niemals Sicherheit zu leisten ist. War das Retentionsobjekt weniger wert als die gesicherte Forderung, so genügt die Sicherheitsleistung im Werte des Objektes, denn der Retinent kann nicht mehr verlangen, als er aufgibt.

IV. Abschnitt.

Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes.

§ 19.

A. Bürgerliches Gesetzbuch.

Zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes gegenüber der Klage des Gläubigers auf Erfüllung der ihm gegen den Schuldner und Retinenten zustehenden Forderung muss sich der Schuldner auf sein Zurückbehaltungsrecht berufen, da eine Beachtung von Amtswegen niemals stattfindet. Der Beklagte hat seine Gegenforderung, ihre Fälligkeit, sowie ihre Konnexität mit der Forderung zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen. Der Beweis bezügl. der zur Abwendung des Zurückbehaltungsrechtes erforderlichen Tatsachen liegt dem Kläger ob.

In der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes liegt nicht, wie allgemein gelehrt wird, die Vorschützung einer anspruchhemmenden Einrede; denn dann müsste das Zurückbehaltungsrecht die Verurteilung des Schuldners ausschliessen und die Abweisung der Klage als vorzeitig notwendig zur Folge haben. Nach dem Inhalte des § 274 Abs. 1 B. G.-B., welcher an die erfolgreiche Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nur die Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug knüpft,

liegt keinesfalls eine Hemmung des klägerischen Anspruches, vielmehr wird dieser materiell von der Bewirkung der Gegenleistung in Abhängigkeit gebracht, sodass also der Leistungsanspruch materiell beschränkt, der unbedingte in einen bedingten umgewandelt erscheint. Dieser Erfolg findet vollkommen seine Rechtfertigung, wenn man mit Hölder [1]) in der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes die Behauptung des Beklagten erblickt, dass er nicht mehr schulde, als den Austausch seiner Leistung gegen die Leistung des Klägers. Nach dem Gesagten ist es daher ungenau, wenn der Gesetzgeber im § 202 Abs. 2 B. G.-B. das Recht, vorübergehend eine Leistung zu verweigern, technisch als Einrede bezeichnet.

Bietet der Gläubiger die ihm Inhalts des ergangenen Urteils obliegende Leistung an, verweigert aber der Beklagte die Annahme, oder ist er zwar zur Annahme bereit, unterlässt aber seinerseits die ihm obliegende Leistung ordnungsmässig anzubieten (§ 298 B. G.-B.), so gerät zwar der Beklagte in Annahmeverzug, aber immerhin hindert er durch sein Verhalten den Eintritt der Bedingung, von welcher das Urteil den Eintritt seiner Leistungspflicht abhängig macht. Mit Rücksicht hierauf bestimmt daher § 274 Abs. 2 B. G.-B., dass der Gläubiger, welcher den Schuldner in Annahmeverzug versetzte, die Zwangsvollstreckung wegen der ihm geschuldeten Leistung gerade so betreiben kann, wie wenn er seinerseits geleistet hätte.

Die Durchführung der Zwangsvollstreckung aus einem auf Erfüllung Zug um Zug lautenden Urteile erfolgt gemäss den §§ 726 Abs. 2, 756, 765 C.-P.-O.

§ 20.

B. Handelsrecht.

Während das Zurückbehaltungsrecht des B. G.-B. von dem Retinenten lediglich im Wege der Verteidigung gegen den Klageanspruch des Retentionsgegners geltend gemacht werden kann, steht der prozessualen Geltendmachung des kaufmän-

[1]) a. a. O. zu § 202 Anm. 4.

nischen Zurückbehaltungsrechtes noch ein weiterer Weg offen. Der Gläubiger kann nämlich im Wege der Klage sein Recht auf Befriedigung geltend machen und nach Erlangung eines vollstreckbaren Titels für dieses Recht die Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des B. G.-B. suchen. Hier ergibt sich ein erheblicher Unterschied zwischen dem Pfandgläubiger und dem das Zurückbehaltungsrecht ausübenden Gläubiger, da letzterer stets einen vollstreckbaren Titel haben muss, um zum Pfandverkauf schreiten zu können, was sich für den Pfandgläubiger erübrigt. Das Erfordernis des vollstreckbaren Titels rechtfertigt sich durch die Erwägung, dass die Frage des Bestehens des Zurückbehaltungsrechtes viel eher streitig oder zweifelhaft sein kann, als die einer wahren Pfandhaftung.

Der Inhalt der Klage ergibt sich aus § 371 Abs. 4 H.-G.-B. und besteht in dem Verlangen, den Eigentümer bezw. den Schuldner zu verurteilen, die Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande zu gestatten. Hinsichtlich aller zum Zwecke der Verwirklichung des Zurückbehaltungsrechtes erforderlichen Handlungen gilt zu Gunsten des gutgläubigen Gläubigers der Schuldner, sofern er nur zur Zeit des Besitzerwerbes des Gläubigers Eigentümer des Retentionsobjektes war, trotz des Verlustes des Eigentums, als Eigentümer. § 372 Abs. 1.

Bezügl. des Gerichtsstandes wird dem Gläubiger durch § 371 Abs. 4 H.-G.-B. die Position dadurch erleichtert, dass es ihm gestattet ist, die Klage ausser bei jedem sonstigen zuständigen Gerichte auch bei dem Gerichte anzustellen, wo er selbst seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Niederlassung hat.

Das rechtskräftige Urteil, welches in einem zwischen dem Gläubiger und Schuldner wegen Gestattung der Befriedigung geführten Rechtsstreit ergangen ist, muss ein Dritter, der nach dem Besitzerwerb des Gläubigers das Eigentum von dem Schuldner erworben hat, gegen sich gelten lassen, sofern nicht der Gläubiger bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gewusst hat,

dass der Schuldner nicht mehr Eigentümer war. (§ 372 Abs. 2 H.-G.-B.)

Hat der Gläubiger den vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung erlangt, so kann er, nachdem er dem Eigentümer bezw. dem Schuldner den Verkauf unter Beobachtung einer Wartefrist von einer Woche in Gemässheit des § 1244 B. G.-B. angedroht, die Realisierung nunmehr nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften also ohne Mitwirkung der gerichtlichen Organe betreiben. Selbstredend ist es dem Gläubiger nicht versagt, auch auf Grund des die Gestattung der Befriedigung aussprechenden vollstreckbaren Erkenntnisses den Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften zu bewirken. (§ 1233 Abs. 2 B. G.-B.) Wählt der Gläubiger für die Verwertung des Retentionsobjektes den Weg der Pfandrealisierung, so hat die Befriedigung bei körperlichen Sachen, Inhaberpapieren und Papieren, die durch Indossament übertragen werden können, durch Verkauf, bei andern Wertpapieren, sofern sie ein Forderungsrecht begründen durch Einziehung zu erfolgen. (§ 1282 B.-G.-B.) Bei Wertpapieren, die weder der einen noch der andern vorgenannten Art angehören (z. B. bei Namens-Aktien ohne Börsenpreis) ist nur der Weg der Zwangsvollstreckung gegeben. (§ 1277 B. G.-B.) Die Realisierung des Retentionsobjektes ohne vollstreckbaren Titel bezeichnet § 370 Abs. 3 H.-G.-B. letzter Satz als „nicht rechtmässig". Die Folgen einer nicht rechtmässigen Realisierung ergeben sich aus den §§ 1242—1244 B. G.-B.

V. Abschnitt.

Beendigung des Zurückbehaltungsrechtes.

§ 21.

A. Bürgerliches Gesetzbuch.

Da das Zurückbehaltungsrecht nach B. G.-B. in der Befugnis des Retinenten besteht, eine Leistung so lange zu verwei-

gern, bis eine ihm gebührende Leistung bewirkt wird, so muss das Zurückbehaltungsrecht notwendig mit der Erfüllung des Anspruches, wegen dessen retiniert wird, untergehen. Aber auch jede andere Tatsache, welche den einen oder den andern der sich gegenüberstehenden Ansprüche vernichtet, hat den Untergang des Zurückbehaltungsrechtes zur Folge. Zeitablauf ist für das Zurückbehaltungsrecht an sich einflusslos. Der Verjährung ist es nicht unterworfen, da nach B. G.-B. § 194 nur ein Anspruch, d. h. das Recht, von einem andern ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen, der Verjährung unterliegt. Das Zurückbehaltungsrecht erlischt ferner durch Verzicht. Besteht das Retentionsobjekt in einer körperlichen Sache, so geht das Zurückbehaltungsrecht nicht ohne weiteres infolge Verlustes des Besitzes unter. Denn nach § 273 B. G.-B. ist Besitz der körperlichen Sache nicht Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes. Eine Klage auf Wiedererlangung des verlorenen Besitzes hat freilich der Retinent als solcher nicht, aber so lange dem Retinenten je nach den rechtlichen Beziehungen, in denen er zu der Sache, etwa als Eigentümer oder dinglich berechtigter oder als gewesener unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer steht, die Möglichkeit der Wiederbeschaffung der unfreiwillig verlorenen Detention gegeben ist, fällt auch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes, d. h. hier also die Befugnis, die Herausgabe der Sache zu verweigern, in den Bereich der Möglichkeit. In diesen Fällen wird also das Zurückbehaltungsrecht nur durch die Unmöglichkeit, den Besitz wiederzuerlangen, beendet. Durch Sicherheitsleistung erlischt das Zurückbehaltungsrecht an sich nicht, sondern es wird, wie oben schon erwähnt, nur seine Ausübung abgewendet. Im Konkurse des Retentionsgegners endlich haben wir gesehen, versagt das Zurückbehaltungsrecht, wenn es sich um einen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand handelt.

§ 22.

B. Handelsrecht.

Wie das Zurückbehaltungsrecht nach B. G.-B. so erlischt auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht mit dem Weg-

fall seiner Voraussetzungen, so endigt es also mit dem Wegfall des Anspruchs des Gläubigers, sei es infolge Erfüllung und was dieser gleich steht, oder infolge sonstiger den Untergang des versicherten Anspruches bewirkender Tatsachen. Ein weiterer Endigungsgrund ist der Untergang des Rententionsobjektes. Der Verlust des Besitzes des Retentionsobjektes bedeutet nach dem Handelsgesetzbuch unter allen Umständen Erlöschen des Zurückbehaltungsrechtes, da mit der ausdrücklichen Bestimmung im § 369 H.-G.-B. „sofern er sie noch im Besitze hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann", das Fortbestehen des Zurückbehaltungsrechtes an den Besitz als Voraussetzung geknüpft ist. Dabei ist es vollständig gleichgültig, ob der Gläubiger den Besitz freiwillig aufgegeben oder unfreiwillig verloren hat. Kommt der Retinent nachträglich wieder in den Besitz des Retentionsobjektes, wozu ihm als solchem kein Mittel gewährt ist, so lebt nicht etwa das alte Zurückbehaltungsrecht wieder auf, es kann höchstens ein Neues entstehen. Das Zurückbehaltungsrecht geht ferner, wie auch alle andern Rechte an der Sache dadurch unter, dass ein Dritter gutgläubig die Sache gemäss § 932 ff. B. G.-B. bezw. 366 H.-G.-B. erwirbt. Das Zurückbehaltungsrecht erlischt endlich ebenso wie das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht durch Verzicht. Bezügl. der Sicherheitsleistung gilt hier dasselbe wie für das Zurückbehaltungsrecht nach B. G.-B. Hat freilich infolge der Sicherheitsleistung der Retinent seine Retention aufgegeben, so ist damit auch das Zurückbehaltungsrecht erloschen.

Ueber die Frage, bis zu welchem Zeitpunkte der Schuldner berechtigt ist, durch Sicherheitsleistung die Auslösung des Retentionsobjektes zu verfolgen, ist noch folgendes zu bemerken. Gewiss ist, dass der Schuldner bis zum erfolgten Verkaufe des Retentionsobjektes durch Befriedigung die Auslösung desselben verlangen kann. Denn mehr als Befriedigung seines Anspruches kann der Gläubiger keinesfalls verlangen. Da aber Sicherheitsleistung nicht gleich Befriedigung ist, so kann diese auch nur bis zu dem Zeitpunkte statthaft sein, wo der Gläubiger

die Mittel erlangt hat, ohne Rücksicht auf den Schuldner die Befriedigung aus den Retentionsobjekten selbst zu bewirken. Dieser Zeitpunkt tritt ein, wenn der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung erlangt hat.

VI. Abschnitt.

Rechtlicher Charakter des Zurückbehaltungsrechtes.

§ 23.

A. Bürgerliches Gesetzbuch.

Für die Frage nach dem rechtlichen Charakter eines Rechtsinstitutes ist sein Inhalt allein massgebend. Nach seinem Inhalte stellt sich das Zurückbehaltungsrecht des B. G.-B. als ein Recht mit lediglich negativer Funktion dar, welche sich in der Befugnis des Schuldners eine Leistung so lange zu verweigern zu dürfen, bis die ihm geschuldete Gegenleistung bewirkt wird, erschöpft. Wir haben gesehen, dass aus ihm nach keiner Richtung hin ein Verfügungsrecht über die zurückbehaltene Leistung erwächst, dass das Zurückbehaltungsrecht dem Retentionsberechtigten kein Mittel gewährt, die Befriedigung seines Anspruches unmittelbar herbeizuführen, sondern lediglich die Möglichkeit an die Hand gibt, indirekt nach dieser Richtung hin auf den Willen seines Schuldners einzuwirken. Im Prozesse geltend gemacht, gewinnt das Zurückbehaltungsrecht die Natur eines beschränkten Verteidigungsmittels, indem es nicht die Abweisung des Gegners bewirkt, sondern die Umwandlung des an sich unbedingten Klageanspruches in einen bedingten zur Folge hat. Das Zurückbehaltungsrecht ist ein obligatorisches Recht, denn seine Wirkung erstreckt sich nicht gegen jeden Dritten; vielmehr ist seine Geltendmachung regelmässig nur bestimmten Personen gegenüber möglich. Seinem Inhalte nach lässt sich

daher das Zurückbehaltungsrecht mit keinem andern Rechte identifizieren, auch nicht einem andern Rechtsinstitute als besondere Art unterordnen. Wir müssen demnach das Zurückbehaltungsrecht als ein eigengeartetes, obligatorisches Recht negativen Inhalts bezeichnen, das zwar nur dem Zwecke der Befriedigung des Anspruches des Retinenten zu dienen bestimmt ist, gleichwohl aber sich als ein selbständiges subjektives Recht darstellt.

§ 24.

B. Handelsrecht.

Ueber die rechtliche Natur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes des alten H.-G.-B. herrschte lebhafter Streit. Wegen seiner pfandähnlichen Wirkungen war man verschiedentlich geneigt, es als ein gesetzliches Pfandrecht besonderer Art zu bestimmen [1]). Reinhold [2]) bezeichnet es geradezu als Pfandrecht. Ob man es nun als ein besonderes gesetzliches Pfandrecht, oder mit Laband [3]) ein qualifiziertes Retentionsrecht, oder mit Goldschmidt [4]), Endemann [5]) und Korn [6]) ein eigentümliches Rechtsinstitut, welches durch H.-G.-B. neu in unser Rechtssystem eingeführt sei, bestimmt, so ist hiermit für die Charakterisierung der rechtlichen Natur des Zurückbehaltungsrechtes noch wenig gewonnen. Vor allen Dingen war es die Frage, ob man das Zurückbehaltungsrecht als ein dingliches oder obligatorisches Recht aufzufassen habe, welche Theorie und Praxis lebhaft beschäftigte. Die herrschende Meinung erklärte sich für die obligatorische Natur des Zurückbehaltungsrechtes [7]).

[1]) Wolff in Busch' Archiv, S. 256; Goldschmidt, a. a. O. Bd. 1, S. 1031; E. R. O. H. Bd. 5, S. 307.

[2]) a. a. O. S. 67 ff.

[3]) Laband, a. a. O. S. 484.

[4]) a. a. O. S. 1003.

[5]) a. a. O. S. 99.

[6]) a. a. O. S. 24.

[7]) Goldschmidt, Laband, a. a. O. S. 485; V. Hahn a. a. O. S. 181; Endemann a. a. O. S. 107; E. R. G. Bd. 8, S. 81.

Dieser Frage ist das neue H.-G.-B. im § 369 Abs. 2 insoweit näher getreten, als es für die Wirkung des Zurückbehaltungsrechtes dinglich Berechtigten gegenüber eine Bestimmung getroffen hat, ohne indessen hiermit die alte Streitfrage, ob das Zurückbehaltungsrecht dinglicher oder obligatorischer Natur sei, zu entscheiden. Die Denkschrift zum Entwurf eines H.-G.-B. S. 211 sagt zwar, dass auch der Entwurf auf dem von Theorie und Praxis überwiegend vertretenen Standpunkte der obligatorischen Natur des Zurückbehaltungsrechtes stehe. Indessen ist hiermit doch weiter nichts, als eine subjektive für die Natur des Rechts unmassgebliche Ansicht widergegeben, und es bleibt daher auch ferner der Wissenschaft überlassen, die rechtliche Natur aus dem Gesetze selbst zu bestimmen. Unleugbar wirkt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in einer ganzen Reihe von Fällen wie ein dingliches Recht. So kann nach Entstehung des Zurückbehaltungsrechtes (abgesehen von den zum Schutze gutgläubigen Erwerbes erlassenen Vorschriften) niemand ein Recht an der Sache, Eigentum oder rechtsgeschäftliches Pfandrecht zum Nachteile des Retentionsberechtigten erwerben, im Konkurse ist es den Pfandrechten gleichgestellt und ebenso kommt es gegenüber einer von einem andern Gläubiger vorgenommenen Zwangsvollstreckung zur Geltung.

Gleichwohl aber ist das Zurückbehaltungsrecht seiner Natur nach ein obligatorisches Recht, denn es wirkt z. B. nicht gegenüber gesetzlichen Pfandrechten, auch wenn diese später entstanden sind, als das Zurückbehaltungsrecht. Auch erwächst auf Grund des Zurückbehaltungsrechtes dem Retinenten als solchem kein Recht zum Besitze des Retentionsobjektes und dieserhalb wird ihm auch keine Klage auf Wiedererlangung des verlorenen Besitzes gewährt. Vielmehr bewirkt Besitzverlust den Untergang des Zurückbehaltungsrechtes.

Wie das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht, so lässt sich auch das kaufmännische mit keinem andern Rechte, insbesondere auch nicht mit dem Pfandrechte identifizieren, und keinem andern Rechtsinstitute unterordnen. Durch den positiven Anspruch gegen den Schuldner auf Gewährung von Deckung durch

das Retentionsobjekt unterscheidet es sich wesentlich von dem allein negativ wirkenden Zurückbehaltungsrecht des B. G.-B., sodass es mit diesem lediglich den Namen gemein hat.